

La sentencia sobre swaps del Tribunal Supremo



Fuente

En otras entradas hemos explicado que los consumidores y, en general, los inversores no cualificados, no deberían especular con sus ahorros. Y, naturalmente, los bancos no deberían ofrecer productos de inversión de los ahorros de los particulares con un componente especulativo. También hemos dicho que los swaps que no tienen función de seguro, son productos de especulación. Hacíamos referencia a una sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva que afirmó la validez de un swap contratado por una pequeña empresa constructora, contrato que nosotros calificábamos como una mera apuesta. Si la inflación era superior a una determinada tasa, ganaba el banco. Si era inferior, ganaba el cliente. Añadíamos que “como apuesta, es bastante desigual dado que el banco tiene mucha más información sobre la evolución previsible de la inflación y no es probable que la competencia en ese nicho de mercado que son este tipo de swaps proteja al cliente de manera suficiente”. Es decir, que, además del carácter especulativo del producto, existe el riesgo de que los dados con los que se hace la apuesta estén cargados a favor del banco. En un breve trabajo de Miguel Pérez Guerra, se dice que “el precio de mercado o valor razonable de un swap en el momento inicial – calculado con las mismas fórmulas que luego se utilizan para calcular el precio a pagar en caso de cancelación anticipada – **debe ser cero, o en otras palabras, que la posición que adopta el banco y la del cliente tengan el mismo valor**”.

Como en toda buena apuesta, las partes de la apuesta deberían ser indiferentes a estar a un lado u otro de

la misma. Cara, gano yo, cruz, ganas tú. Y me da igual ser “yo” o “tú” en la apuesta porque la posición de “yo”, antes de arrojar la moneda, vale lo mismo que la posición de “tú”. Pero si los dados están cargados, y hay más posibilidades de que salga un 5 a que salga un 3 o un 1, entonces no me es indiferente el contenido de la apuesta. Apostaré al 5 y no lo haré al 3 o al 1. Pérez hace referencia a la sentencia Deutsche Bank del BGH alemán, en la que el swap contratado estaba “cargado” en beneficio del banco en el momento de su contratación. Sólo si tenemos creencias heterogéneas respecto de la evolución de la inflación o de los tipos de interés (o sufrimos un sesgo cognitivo) las partes podrían expresarlas eligiendo una u otra posición, es decir, prefiriendo ser “yo” a “tú” en nuestro ejemplo.

En la Sentencia del 20 de enero de 2014, el Tribunal Supremo se ocupa de un caso exactamente igual al de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva a la que nos hemos referido.

“Se trataba de un swap de inflación, especulativo, en la medida en que no estaba afectado a operaciones previas o coetáneas entre las partes. El importe del capital nominal de referencia (nacional) fue de 400.000 euros. El tipo fijo marcado era del 3,85%. Se fijaron cinco periodos de cálculo anuales y que la relación contractual se extinguiera el día 30 de abril de 2013”.

La contraparte del banco era, en este caso, una sociedad llamada Togi, una empresa dedicada a los mármoles. En las “conversaciones” entre el empleado de la Caja y el empleado de Togi se *“explica el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación”*. Esta referencia indica que no era un producto exclusivamente especulativo en cuanto se “vendió” por la Caja como una forma de asegurarse frente al riesgo de que aumentaran los precios de las materias primas que compraba la empresa. Sucede, sin embargo, que – como señala el Supremo – no había relación entre el swap y otras operaciones entre las partes (por ejemplo, de financiación de la compra de materias primas), es decir, que la relación entre el riesgo cubierto y la exposición al mismo por parte de la empresa era muy laxa.

Y el swap empezó a producir pérdidas para el inversor ya en la primera liquidación.

Togi demandó a la Caja pidiendo la nulidad del contrato por vicio del consentimiento – error o dolo – y el Juzgado estimó la demanda. La Audiencia confirma y el Supremo desestima el recurso de casación.

El Supremo comienza afirmando que cuando uno va al banco a “comprar” un producto financiero (de inversión o ahorro) no está en la misma posición que el que va a un supermercado a comprar productos de consumo:

*“porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la... asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que **prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto**”, o sea, que el banco tiene un especial deber – que no tiene cualquier vendedor – de velar por los intereses del cliente. Esto no puede ser sino un deber derivado de la buena fe:*

todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC ... Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

La concreción de estos deberes se encuentra en el art. 79 bis LMV y en el art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, que tratan de asegurar que el inversor ha podido adoptar una decisión racional.

El cumplimiento de estas obligaciones de información se garantiza mediante la realización previa por el banco del llamado “test de conveniencia”, es decir, el banco ha de asegurarse de que el producto ofrecido **es “conveniente” para ese inversor concreto**, teniendo en cuenta “los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente”.

Si el banco va a asesorar al cliente, es decir, se va a convertir en su asesor financiero, entonces debe

realizar, además el **test de idoneidad**, que trata de proporcionar al banco información suficiente para decidir qué tipo de productos financieros *debe* recomendar a su cliente y cuáles no.

*La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado **test de idoneidad**, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe **sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.***

Así, pues, y con apoyo en la STJUE de 30 de mayo de 2013, el Supremo afirma que asesoramiento equivale a recomendación personalizada, esto es, publicidad dirigida específicamente al cliente concreto: *.. no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas. Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.*

La siguiente información importante del Tribunal Supremo es que la infracción de normas administrativas cuyo objeto de protección son los clientes – bancarios en este caso – tiene consecuencias jurídico-privadas. El Supremo repasa la doctrina general sobre vicios del consentimiento y, en particular, sobre el error-vicio para concluir que, aunque

“el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio... no cabe duda de que... puede incidir en la apreciación del error.

Y, en concreto,

*“el desconocimiento de (los) riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y **este error es esencial** pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero”...En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.*

El error padecido (representación mental equivocada) era esencial y excusable *pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.*

La excusabilidad del error se refuerza porque la conducta del banco propició que el cliente incurriera en el error al no “haber evaluado (si)... en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía”. La omisión del test

*, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso **la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.***

No se trata, obviamente, de una sentencia revolucionaria. Simplemente expone con claridad y precisión los criterios de valoración de la existencia de vicios del consentimiento en la contratación financiera más extendidos entre nuestros Tribunales. O sea, lo que esta sentencia “hace” es poner el “sello” de jurisprudencia al análisis de los contratos que articulan decisiones de inversión de los clientes minoristas bancarios cuando se adquieren productos que no son simples. Destacable, en todo caso, la finura del

examen del cumplimiento de los requisitos para apreciar la existencia de error-vicio (esencialidad y excusabilidad).

Publicado por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL en 19:20  [ShareThis](#)

 [Print](#)  [PDF](#)

[Enviar por correo electrónico](#) [Escribe un blog](#) [Compartir con Twitter](#) [Compartir con Facebook](#) [Compartir en Pinterest](#)

Etiquetas: [derecho de contratos](#)

7 comentarios:

FJGR dijo...

También es interesante la aclaración que hace sobre las relaciones entre las normas regulatorias y el régimen contractual. Algo sobre lo que el TJUE no dijo nada en la sentencia Genil (más allá de remitirse al Derecho nacional).

El TS deja claro que, al margen de la sanción administrativa, un incumplimiento de las normas regulatorias no conlleva necesariamente la existencia de un vicio contractual (lógico), pero sí puede considerarse como una presunción (iuris tantum) de la existencia de aquél.

Y, añado yo, tampoco un respeto escrupuloso de las normas regulatorias excluye el vicio contractual.

Muy útil a los efectos del reparto de la carga de la prueba y de desentrañar el sentido del 6.3 CC.

21 de febrero de 2014, 10:32

Anónimo dijo...

GonzaloRomeroI Dijo...

En primer lugar, creo que es una Sentencia relevante pues ha tenido que "apostillar" (vid apartado 11) lo expuesto en la STS de 29 de octubre sobre la imposibilidad de error sobre los resultados de un cto aleatorio donde ambas partes asumían los mismos riesgos, introduciendo el factor de la "entidad de los riesgos asumidos" como determinante del error vicio.

Es decir, aunque el cliente supiera que el contrato era esencialmente aleatorio y que en consecuencia se asumía un riesgo con la firma, el cliente ha de ser informado exhaustivamente sobre la "entidad del riesgo asumido".

En cuanto al 6.3 CC sigue jugando al gato y al ratón, en un intento de contentar a todos.

Recordemos que en STS de 834/2009, de 23 de diciembre, FJ 12. Ya dijo esta Sala "En aplicación del 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto."

Tras la STJUE de 30 de mayo, que dejó la pelota en nuestro tejado en lo que a las consecuencias de la inobservancia de la normativa MIFID se refiere, el TS tenía con esta sentencia la oportunidad de oro para declarar la nulidad radical del SWAP por contravenir la

LMV.

Ahora bien, la pregunta es si "hay puñetas" de sentar ese precedente, porque por todos es conocido que las entidades financieras han comercializado en la mayoría de los casos este tipo de productos complejos sin cumplir con la LMV...

21 de febrero de 2014, 14:46



JESÚS ALFARO AGUILA-REAL dijo...

De acuerdo con los dos. Debo reconocer que mi táctica en las reseñas de sentencias es "mejorarlas" si puedo. Es decir, me parece obvio que la infracción de normas administrativas, como regla, tiene efectos sobre la validez del contrato si el FIN DE PROTECCIÓN de la norma administrativa es garantizar, como es el caso, un consentimiento entero y verdadero por parte del cliente. Declarar la nulidad del negocio (x vicio del consentimiento en este caso) ES IIMPRESCINDIBLE PARA ASEGURAR lo que llama Canaris LA INTEGRIDAD DE LA NORMA (la norma administrativa en este caso) INFRINGIDA

Por tanto, no "necesito" que ni el TJ ni el TS hagan cabriolas al respecto. Por ejemplo, esa referencia a "móviles circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados" me parece bla, bla,bla. De acuerdo con que no hay una relación de necesidad entre la infracción y el vicio del consentimiento. Pero, si he cumplido con las normas administrativas, debo tener a mi favor una presunción de que el consentimiento fue "informado" y, por tanto, corresponderá al cliente probar la existencia del error como es la regla general.

Lo del carácter aleatorio debería sustituirse por: "tratándose de una apuesta, procede aplicar las normas del Código civil sobre la exigibilidad de las apuestas", como dije en la otra

21 de febrero de 2014, 15:23



Alex Plana Paluzie dijo...

En relación con lo dicho en la STS sobre la inexistencia de relaciones de activo o pasivo entre cliente y entidad, creo que es interesante remarcar que eso no otorga naturaleza especulativa al swap automáticamente. Pueden existir deudas societarias con otros sujetos que quieran cubrirse con una entidad diferente. Es decir, contratar un préstamo con el banco X y el swap para cubrir el tipo de interés con el banco Y.

Respecto al carácter especulativo también cabe destacar la importancia de contratar swaps con nocionales variables que se ajusten a la deuda cubierta, pues ésta, en principio va bajando.

El tercer punto que se deja fuera por no ser objeto del recurso (al no alegarse en la demanda), es la posibilidad de utilizar la ausencia de políticas de control de conflictos de interés, junto a la ausencia de los tests para declarar la nulidad del swap por incumplimiento de la normativa imperativa bancaria. Sin embargo, como ya se ha dicho aquí mismo, la integridad de la norma se puede conseguir con la presunción utilizada por el TS.

Creo que sobre el papel del conflicto de interés hay mucho que decir. En la contratación de

derivados financieros los bancos asumen demasiadas posturas a la vez. Estructuran el producto, lo venden, hacen de contraparte, etc.

21 de febrero de 2014, 20:12



Ingrid Sumarroca dijo...

Sobre el carácter especulativo del swap de autos, entiendo que el TS le debe atribuir tal carácter porque es un hecho ya acreditado en las instancias. Con todo, de ese carácter pretendidamente especulativo la STS no predica las consecuencias del negocio especulativo. Por tanto, siendo cierto que la función de especulación (o de no cobertura) del swap debe determinarse en atención a la posición de pasivo global de la sociedad contratante del swap (acudiendo al CIRBE, por ejemplo), ese carácter acreditado en las instancias parece ser algo que la STS no tiene muy en cuenta. Sobre el conflicto de intereses, vid. P13 de la STS analizada, poco se dice al respecto, y lo que se dice es a todas luces insuficiente, pero es que esto no se relaciona de manera directa con los cuatro puntos sobre los que la STS debía resolver (vid. P. 5). En cualquier caso, coincido en que es una Sentencia, que sin ser revolucionaria, sí que refleja cierta evolución (quizá por la STJUE: Caso Genil) respecto de las anteriores STS sobre la materia, en las que parecía predominar la reglamentación de intereses creada -asumiendo cierta igualdad entre las partes-.

25 de febrero de 2014, 12:32

Anónimo dijo...

Yo contrate un swaps. Viendo las explicaciones que se hacen , los comentarios finales y el follón que trae. Me recuerda cuando con la repetición a cámara lenta nos preguntamos si fue penalti o no.

Se despejan las dudas de la no parcialidad del arbitro ni a cámara lenta los críticos se ponen de acuerdo.

Este tema es lo mismo, cuando existen tantos flecos sueltos o de interpretación. Esta claro que el cliente que no tenga conocimientos de finanzas o es burro o no sabe lo que firma, Por que ahora ya hemos sabido que los bancos no dan puntada sin hilo.

4 de mayo de 2014, 9:02

Anónimo dijo...

Jesús Alfaro Aguilera. ¿ es el banco un ente solidario y afable , el cual actúa siempre con amor hacia su prójimo y que en ningún caso cabe duda de sus buenas maneras hacia sus clientes . ¿ Es habitual que los clientes que van a un banco y firman hipotecas por 40 años , sentenciando que el no poder pagar puede mandar a todas sus familias a la ruina literalmente sea gente con los conocimientos suficientes para compartir experiencias de limpios negocios con los afables entes. Por favor , daros una vuelta por el pueblo y veréis el nivel de conocimientos del 99 % de

los que entran en un banco. ¡¡¡ A claro, que siempre nos quedará la duda de que el cliente pertenezca al 1 % restante. PERDÓN POR MI IGNORANCIA. Por DIOS.

4 de mayo de 2014, 9:12